

University of Groningen

Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade?

Pavillon, Charlotte

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. (2019). Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade? Een onderzoek naar de veralgemeniseerde toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het pre-WAMCA-tijdperk. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2019(4), 163-176.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Leent het materiële privaatrecht zich voor de afwikkeling van massaschade?

Een onderzoek naar de veralgemeniseerde toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het pre-WAMCA-tijdperk

Mw. prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon*

1. Inleiding

Op 1 juli 1994 trad de Wet collectieve actie, meer in het bijzonder art. 3:305a BW in werking, waarmee de civielrechtelijke collectieve actie werd gecodificeerd.¹ Binnenkort treedt de wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA)² in werking, waarmee deze actie ertoe kan strekken dat schadevergoeding in geld wordt gevorderd. Art. 3:305a lid 3 BW maakte dit tot nu toe onmogelijk. Wel kon sinds 2005 een, al dan niet met behulp van een in een collectieve actie verkregen verklaring voor recht getroffen schikking inzake de afwikkeling van schade verbindend worden verklaard voor de gehele groep van gedupeerden.³ De *DES*-zaak was de eerste dankzij de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) afgewikkelde massaschade-zaak.⁴ De succesvolle afwikkeling van massaschade was evenwel volledig afhankelijk van de bereidheid van de aansprakelijk gestelde partij om een schikking te treffen en daar wrong de schoen, met name in gevallen van ‘strooischade’.⁵ De WAMCA voorziet in een ‘stok achter de deur’: komen partijen er niet uit – de WAMCA stuurt in eerste instantie aan op een schikking – dan komt de rechter in beeld. Hij zal dan een bindende uitspraak doen over een schadeafwikkeling. De WAMCA regelt bovendien dat er een exclusieve belangenbehartiger (EB) wordt aangewezen⁶ opdat voor de

aangesproken partij duidelijk is met wie zij om de tafel moet gaan zitten.⁷

De recent gepubliceerde WAMCA is in de literatuur reeds uitgebreid besproken. Er is veelal ingezoomd op de procesrechtelijke aspecten van het voorstel, zoals het aantal *opt-out*-momenten⁸ en bevoegdheidsregels.⁹ Weinig aandacht ging uit naar de materieelrechtelijke dimensie van de WAMCA: het door de rechter in de nieuwe collectieve actie toe te passen aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.¹⁰ De massificatie van het privaatrecht – lees: de opkomst van massaclaims – die mede aanleiding gaf tot de wet, vergt al langere tijd dat bij de toepassing van op individuele rechtsverhoudingen toegesneden normen van de bijzondere omstandigheden van het geval wordt geabstraheerd. De in de feestbundel *Massificatie in het privaatrecht* van het genootschap Iustitia et Amicitia (2010) geponeerde stelling ‘het geldende recht (...) vergt aanpassing om de massificatie op te vangen’ werd destijds (deels) weerlegd. In zijn bijdrage aan genoemde bundel gaf G. Snijders aan te twijfelen aan de ratio achter het door de WAMCA afgeschafte art. 3:305a lid 3 BW – dat schadevergoedingsvorderingen zich niet lenen voor

* Mw. prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder consumentenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. De auteur dankt prof. mr. A.J. Verheij en Sjoerd Kalisvaart LLB voor hun waardevolle bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.

1. Wet van 6 april 1994, *Stb.* 1994, 269.

2. Wet van 20 maart 2019, *Stb.* 2019, 130.

3. Wet van 26 juni 2013, *Stb.* 2013, 255.

4. Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006/461. De WCAM is vervolgens vooral gebruikt om beleggingsschade af te wikkelen: o.a. Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007/427 (*Dexia*); Hof Amsterdam 29 april 2009, *NJ* 2009/448 (*Vie d'Or*); Hof Amsterdam 15 juli 2009, *JOR* 2009/325 (*Vedior*); Hof Amsterdam 29 mei 2009, *NJ* 2009/506 (*Shell*) en Hof Amsterdam 17 januari 2012, *NJ* 2012/355 (*Converium*).

5. Dat is een vorm van schade die op individueel niveau zo gering is, dat een kosten-batenanalyse niet rechtvaardigt dat deze in rechte wordt gevorderd, maar die op collectief niveau, bij elkaar opgeteld, wel een aanzienlijk bedrag vertegenwoordigt.

6. Naar het Amerikaans model van de *lead plaintiff*, wordt een organisatie aangewezen die het voortouw neemt.

7. Het blijft onder de WAMCA mogelijk om alleen het pad van de WCAM te bewandelen. Maakt men een uitstapje naar art. 3:305a BW, dan gelden de strenge ontvankelijkheidseisen van de WAMCA: *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 31-32.

8. Twee als de rechter geen uitspraak doet (na aanwijzing van de EB en na verbindendverklaring van de schikking) en slechts één als de rechter aan zet is (het tweede moment vervalt). Voor gedupeerden die behoren tot de nauw omschreven groep en die geen woonplaats of verblijf hebben in Nederland geldt een *opt-in*.

9. J.S. Kortmann, ‘Wetsvoorstel afwikkeling massaschade in collectieve actie (34608). Aanzienlijk verbeterd, maar het moet nog beter!’, *NJB* 2018/407; M.F.W. Bosters e.a., ‘Voorontwerp afwikkeling massaschade in een collectieve actie’, *NJB* 2015/1138; J.M.L. van Duin & R.S.I. Lawant, ‘Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie: ontbrekende schakel of brug te ver?’, *TCR* 2015, afl. 1, p. 7-15; W.H. van Boom & F. Weber, ‘Collectief procederen – ontwikkelingen in Nederland en Duitsland’, *WPNR* 2017, afl. 7145, p. 291-299.

10. Uitzonderingen zijn T. Hartlief, ‘Massaschade en de regelende rechter’, *NJB* 2017/2138; A.J. Rijsterborgh, ‘Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie’, *MvV* 2017, afl. 11 en J.L. Smeehuijzen & A.J. Verheij, ‘Vergt het wetsvoorstel afwikkeling massaschade een bijzondere wijze van schadeberekening? Nee’, *NJB* 2018/1241, p. 1794-1798. Deze drie artikelen focussen op de schadebegroting.

bundeling. Volgens hem is dat zeer wel mogelijk.¹¹ De nieuwe wet omarmt deze zienswijze. De wetgever heeft geen noodzaak gezien om het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht aan te passen.¹² In het parlementaire debat over het voorstel is de noodzaak van een dergelijke aanpassing ook niet ter sprake gekomen.¹³ In deze bijdrage staat het aan de WAMCA voorafgegangene samenspel tussen materieelrechtelijke normen en afwikkeling van massaschade centraal. Omdat het materiële privaatrecht niet is aangepast, is de hanteerbaarheid van de nieuwe procedure sterk afhankelijk van de toepasbaarheid van het bestaande normenstelsel in een collectieve schadevergoedingsactie. Teneinde die toepasbaarheid te bepalen, ga ik na in hoeverre dit normenstelsel zich tot nu toe leent voor de afwikkeling van massaclaims. Is de door de WAMCA gevraagde mate van veralgemenisering inderdaad haalbaar in het licht van de bestaande praktijk van collectieve acties en WCAM-schikkingen? Zo niet, bij de toepassing van welke normen en vooral, op welk(e) moment(en) in de nieuwe procedure (de ontvankelijkheidsfase, de inhoudelijke behandeling of het bepalen van een rechterlijke schaderegeling) knelt de gevraagde mate van abstractie en is de rechter of misschien zelfs de wetgever aan zet om het knelpunt weg te nemen? Materieelrechtelijke normen spelen, zo zal worden aangetoond, in alle fasen van de procedure een rol.

In paragraaf 2 wordt eerst nagegaan wat de WAMCA en haar totstandkomingsgeschiedenis bepalen ten aanzien van de toepassing van het (bestaande) schadevergoedingsrecht: wat wordt er verwacht van de rechter en welke handvatten krijgt hij van de wetgever? Vervolgens wordt aan de hand van voorbeelden uit de rechtspraktijk achterhaald in hoeverre een van individuele omstandigheden geabstraheerde toepassing van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsregels mogelijk is, dan wel knelt. Hierbij maak ik een onderscheid tussen enerzijds de collectief gevoerde zaak (de 'oude' art. 305a-procedure maar ook de gebundelde claim¹⁴) waarin het privaatrecht wordt aangewend om een collectieve uitspraak te doen (paragraaf 3) en anderzijds de individuele zaak met een massaschadeachtergrond zoals proefprocessen en door 'out-optanten' ingestelde vorderingen (paragraaf 4).¹⁵ Bij beide categorieën zaken ga ik na in hoeverre de rechter een

veralgemeniseerde invulling geeft aan de materiële normen ter vestiging van aansprakelijkheid en ter begroting van de schade.¹⁶ De aansprakelijkheid kan zijn gegrond op een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad (mits geen sprake is van verval of verjaring) maar een verplichting tot betaling van een geldsom kan ook voortvloeien uit een onverschuldigde betaling of onge-rechtvaardigde verrijking (titel 6.4 BW).¹⁷ De aansprakelijkheid leidt tot schadeplichtigheid als sprake is van schade en causaal verband (*condicio-sine-qua-non-verband*). Bij een onrechtmatige daad moet ook sprake zijn van relativiteit (art. 6:163 BW).¹⁸ Staat de schadeplichtigheid vast, dan wordt de omvang van de te vergoeden schade nader afgebakend door vragen van causaliteit (zoals de toerekening naar redelijkheid art. 6:98 BW), voordeels-toerekening (art. 6:100 BW), eigen schuld van de gedupeerden (art. 6:101 BW) en matiging of limitering (art. 6:109 resp. 110 BW). Bij de begroting van de schade heeft de rechter veel vrijheid maar uitgangspunt is dat de schade concreet wordt begroot (art. 6:97 BW). In paragraaf 5 wordt de voor de begrotingsfase in massaclaimzaken essentiële praktijk van *damage scheduling* onder de loep genomen. De bijdrage bevat geen uitputtende analyse van de toepassing van bovenstaande regels in massaclaimzaken maar een verkenning van de mate van abstrahering die hierbij plaatsvindt en die op grond van de huidige praktijk haalbaar lijkt. In paragraaf 6 worden mogelijke knelpunten bij de toepassing van materieelrechtelijke normen besproken en, waar mogelijk, oplossingsrichtingen aangedragen. Paragraaf 7 bevat een korte conclusie.

2. Welke handvatten biedt de WAMCA bij de toepassing van het materiële recht?

2.1. Vestiging van de aansprakelijkheid

De WAMCA en bijbehorende parlementaire documentatie bevatten geen aanwijzingen ten aanzien van de vestiging van de aansprakelijkheid door de rechter in de nieuwe collectieve actie. Hierbij wordt kennelijk uitgegaan van het gegeven dat de huidige praktijk voldoende houvast biedt. Bij handvatten in de vestigingsfase kan worden gedacht aan richtingwijzers bij het bepalen van het causale verband en van de relativiteit zoals bedoeld in art. 6:163 BW.

11. G. Snijders, 'Collectief procederen: mogelijkheden en onmogelijkheden', in: E.J. Numann e.a. (red.), *Massificatie in het privaatrecht, Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap Iustitia et Amicitia*, Deventer: Kluwer 2010, p. 135. Volgens hem moet dan wel sprake zijn van gelijksoortige schade en mag eigen schuld bijv. geen rol spelen.
12. *Kamerstukken II* 2016/2017, 34608, 3, p. 1.
13. Wel legde het Ministerie van Justitie en Veiligheid tijdens het symposium ter ere van 25 jaar NBW, gehouden op 20 november 2017, ons de vraag voor of de schadebegroting in massazaken om een aanpassing van het schadevergoedingsrecht vraagt, welke vraag door Smeehuijzen en Verheij in eerdergenoemde bijdrage ontkennend werd beantwoord.
14. Zie hierover: W.H. van Boom, 'Collectieve handhaving van het consumentenrecht', in: M.B.M. Loos & W.H. van Boom (red.), *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010.
15. Die massaclaimachtergrond kan bestaan uit talrijke al dan niet gebundelde individuele procedures, een of meer collectieve acties, schikkingsonderhandelingen of een reeds verbindend verklaarde WCAM-schikking: R.M. Hermans, 'De oorzaken van het niet tot stand komen van collectieve schikkingen in massaschadezaken', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 382 noemt de verschillende fases van de collectieve afwikkeling van massaschade.
16. Zie over het onderscheid tussen vestigings- en begrotingsfase o.m. A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 4.3.
17. Ik ga ervan uit dat ook dit pad bewandeld kan worden in de nieuwe procedure. Vgl. de *Gratis mobieltjes*-uitspraken: ECLI:NL:HR:2014:1385 en ECLI:NL:HR:2016:236.
18. Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

In de ‘oude’ collectieve actie blikt de rechter tijdens de ontvankelijkheidsfase al vooruit op de toepassing van het materiële recht (hierna paragraaf 3.2.1). De toets of sprake is van de voor de ontvankelijkheid van de actie benodigde ‘gelijksoortige belangen’ leidt er in de praktijk toe dat de rechter zich een beeld vormt van de mogelijkheid van een van de individuele omstandigheden geabstraheerde toetsing aan het recht. Belangen zijn gelijksoortig indien zij kunnen worden gebundeld in een procedure, hetgeen vergt dat de geschilpunten waarop de procedure betrekking heeft, zich lenen voor een gemeenschappelijke beoordeling.¹⁹ Gelijksoortigheid en praktische uitvoerbaarheid worden van oudsher aan elkaar gelinkt. De ‘oude’ gelijksoortigheidseis vindt – zo wordt hierna betoogd – zijn grenzen in de vaststelling van de (grondslag van de) aansprakelijkheid. De nieuwe procedure beperkt zich echter niet langer tot die vaststelling. De WAMCA beoogt alle collectieve vorderingen die voldoende betrekking hebben op gelijksoortige feiten en rechtsvragen voor dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen als één zaak af te wikkelen, dat is inclusief de schadeloosstelling.²⁰ Binnen de ontvankelijkheidsfase buigt de rechter zich over de mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn (art. 1018c lid 5 sub b Rv) teneinde de meerwaarde van een collectieve procedure vast te stellen. Dit van oudsher bij de gelijksoortigheidseis meegewogen criterium is thans in de wet geëxpliciteerd.²¹ Uit de memorie van toelichting (MvT) volgt dat de rechter een ruime benadering van de gelijksoortigheidseis moet volgen waarin niet bij de materiële eisen van de aan de verschillende vorderingen ten grondslag gelegde normen mag worden stilgestaan:

‘Gaaf het om bijvoorbeeld misleidende informatie van een bedrijf, dan kan deze misleiding gevolgen hebben voor zowel beleggers (door een koersdaling) als voor consumenten (door bijvoorbeeld niet-waargemaakte claims t.a.v. een product). In beginsel is hier sprake van dezelfde gebeurtenis, ook al heeft deze gebeurtenis verschillende gevolgen voor verschillende groepen personen. Ook moet het gaan om gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen. In het genoemde voorbeeld is de vraag welke feitelijke informatie het bedrijf naar buiten heeft gebracht voor de verschillende soorten vorderingen van verschillende soorten gedupeerden in beginsel gelijk. De vraag of hierbij sprake is van misleidende informatie is een rechtsvraag die mogelijk verschillend wordt ingevuld, afhankelijk van de vraag of het gaat om een vordering wegens misleidende koersinformatie of wegens een oneerlijke handelspraktijk. Dit staat op zichzelf niet in de weg

aan voldoende gelijksoortigheid. Het hoeft dus niet te gaan om precies dezelfde vordering. Als bijvoorbeeld de oorspronkelijke collectieve vordering gebaseerd is op wanprestatie, dan kan een andere belangenorganisatie ervoor kiezen voor dezelfde gebeurtenis een collectieve vordering in te dienen die is gebaseerd op onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling, als zij meent dat dit de meer geëigende grondslag is. Waar het om gaat is of de collectieve vorderingen voldoende betrekking hebben op gelijksoortige feitelijke en rechtsvragen voor dezelfde gebeurtenis, zodat het de voorkeur heeft deze als één zaak af te wikkelen.’²²

Een dergelijke ruime benadering van de gelijksoortigheid van belangen, waarin de rechter de toepassing van het materiële recht voor zich uit schuift, voorkomt dat tijdens de ontvankelijkheidsfase (te) hoge drempels worden opgeworpen. Zij schept echter wel het risico dat tijdens de procedure problemen ontstaan omdat bepaalde rechtsvragen blijken niet te kunnen worden veralgemeniseerd, nog los van de vraag of de gekozen rechtsgrond de vordering wel draagt. Zij maakt, zo komt mij voor, het ‘nauw’ omschrijven van de groep zoals bedoeld in o.m. art. 1018e lid 2 Rv, ook knap lastig. De rechter behoeft in de ontvankelijkheidsfase niet stil te staan bij (abstracte) causaliteits- of relativiteitsvragen, dat wil zeggen de vraag of de schade in voldoende causaal verband staat met de gestelde normschending en of de geschonden norm wel strekt tot bescherming van de groep gedupeerden.²³ Het antwoord op deze vragen is niet slechts van belang voor de schikkingsonderhandelingen maar ook voor de mogelijkheid om bij het mislukken van die onderhandelingen, tot een rechterlijke regeling te komen. Tijdens de inhoudelijke beoordeling die volgt op de ontvankelijkheidsfase krijgt de rechter volop ruimte om bovenstaande vragen te beantwoorden en om reeds in te gaan op voor de begroting relevante aspecten als de eigen schuld en voordeelstoerekening. Vraag is of hij dat ook zal doen. Ten aanzien van die inhoudelijke behandeling verschaft de WAMCA geen aanvullende sturing en zal denkbaar aansluiting worden gezocht bij de hierna te bespreken bestaande praktijk (paragraaf 3.2.2 e.v.). Opmerkelijk is dat het eerste (en in geval van een rechterlijke regeling enige²⁴) *opt-out*-moment dan al voorbij is.

2.2. Begroting van de schadevergoeding

Het nieuwe art. 1018i Rv regelt de rechterlijke collectieve schaderegeling waar de nieuwe actie op uit kan²⁵ lopen. In de MvT wordt bij deze bepaling nadrukkelijk gewezen op de systematiek van de WCAM. Indien de rechter aan

19. M.J. Kroeze, ‘Collectieve acties en gelijksoortige belangen’, *Ondernemingsrecht* 2004/190, p. 496-498.

20. *Kamerstukken II* 2016/2017, 34608, 3, p. 47.

21. Zie ook art. 1018b lid 1 sub c, art. 1018d lid 1 en art. 1018m lid 1 Rv.

22. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 47.

23. Hierover kritisch: W.H. van Boom, ‘WCA → WCAM → WAMCA’, *TvC* 2019, afl. 4 (nog te verschijnen). Volgens hem dienen dergelijke kernvragen te worden beantwoord voor het beproeven van een schikking in ‘een “*motion to dismiss*”-achtige stap’ waarbij wordt geabstraheerd van de ontvankelijkheid.

24. Een tweede *opt-out*-moment is voorbehouden aan het geval er een schikking wordt getroffen en deze verbindend wordt verklaard.

25. De wetgever verwacht dat dit niet snel het geval zal zijn omdat partijen doorgaans zullen schikken maar dit valt te bezien. Wellicht hoopt een claimende partij evenveel of meer ‘te halen’ bij de rechter dan middels een schikking en verwacht de aangesproken partij evenveel of minder te hoeven betalen. Spel- en onderhandelings-theoretisch onderzoek zal dit moeten uitwijzen. Een belangrijke factor in de processtrategie van partijen vormt art. 1018l lid 2 Rv waarin is bepaald dat de rechter trainerend gedrag mag afstraffen met een pittige proceskostenveroordeling.

zet is, bestaat er ook voor hem ruimte voor een wijze van afwikkeling aan de hand van schadecategorieën. Hierbij is een belangrijke rol weggelegd voor de voorstellen van partijen en de inbreng van deskundigen. Van een aparte schadestaatprocedure is geen sprake: die vaststelling vindt plaats binnen de procedure. Volgens de wetgever kan de rechter hierbij terugvallen op afdeling 6.1.10 BW betreffende de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding.²⁶

2.2.1. Rol partijen

Partijen dienen de rechter op zijn verzoek de voor de vaststelling van de schadevergoeding benodigde informatie te verschaffen en ook de hulp van deskundigen kan worden ingeroepen bij het opstellen van categorieën. De rechter kan vragen om een voorstel van elke partij of om nadere informatie. Hij is hiertoe niet verplicht. Het maken van een voorstel is voor de exclusieve belangenbehartiger echter tamelijk ingewikkeld daar het voorstel als bedoeld in art. 1018i lid 1 Rv 'betrekking [moet] hebben op alle personen tot bescherming van wier belangen de collectieve vordering in deze procedure strekt en die zich niet hebben ge-optout overeenkomstig artikel 1018f'.²⁷ In het voorstel moet voor de 'nauw omschreven groep personen onder meer [worden aangegeven] hoe deze naar gelang de aard en ernst van hun schade moeten worden onderverdeeld en hoeveel personen in die onderverdeling tot elk van de onderverdeelde groepen behoort en welke vergoeding daarbij hoort'.²⁸ Vraag is hoe 'nauw' de groep zal zijn omschreven in de ontvankelijkheidsfase.

De vraag is of met een verzoek om een voorstel de invulling van vragen van causaliteit (de toerekening naar redelijkheid van schadeposten aan de aansprakelijke partij) en eigen schuld (de toerekening van de schade aan de gedupeerden) niet op het bordje van partijen zal worden gelegd. Aannemelijk is dat de rechter pas het doen van een voorstel zal bevelen als het antwoord op genoemde vragen is vast komen te staan. Dit houdt in dat hij zich over leerstukken zal moeten buigen waarop hij, zo zal hierna blijken, in de oude collectieve actie niet inging. Vraag is ook hoe de rechter om moet gaan met sterk divergerende voorstellen of met de weigering een voorstel in te dienen. Er is geen enkele leidraad in de parlementaire stukken te vinden. De rechter mag 'daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht'. Betekent dit dat hij dan zelf een regeling zal treffen? Volgens art. 1018 f lid 3 Rv kan de rechter desgewenst een deskundige inroepen. Ook mogelijk is dat de rechter in de begrotingsfase een prejudiciële vraag stelt aan de Hoge Raad over genoemde vragen van causaliteit, eigen schuld of voordeelstoerekening.

2.2.2. Categorisering

De MvT van de WAMCA geeft aan dat 'door, zoals in de WCAM gebeurt, de schadevergoeding te bepalen aan de hand van een onderverdeling in categorieën van perso-

nen (...) in geval van collectieve afdoening rekening [kan] worden gehouden met vragen van omvang van de schade, causaliteit, toerekening en eigen schuld, die dan deels per groep van personen worden beoordeeld'.²⁹ Zij wijst er expliciet op dat de rechter bij de schadebegroting niet verplicht is tot een indeling in categorieën.³⁰ De rechterlijke beoordelingsruimte van art. 6:97 BW laat toe dat hij hiervan afziet. Een alternatief kan bijvoorbeeld zijn dat alle gedupeerden dezelfde schadevergoeding (in geld of natura) ontvangen of zelfs dat een fonds wordt ingesteld. Art. 1018i lid 2 Rv benadrukt wel dat categorieën en dus differentiatie het uitgangspunt vormen. De rechterlijke regeling moet sowieso onderdeel a-f van art. 7:907 lid 2 BW bevatten. Het gaat hierbij om de volgende gegevens:

- a. een omschrijving van de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de regeling betrekking heeft;
- b. een omschrijving van de groep dan wel groepen van personen ten behoeve van wie de regeling is gesloten, naargelang van de aard en de ernst van hun schade;
- c. een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van het aantal personen dat tot deze groep of groepen behoort;
- d. de vergoeding die aan deze personen wordt toegekend;
- e. de voorwaarden waaraan deze personen moeten voldoen om voor die vergoeding in aanmerking te komen;
- f. de wijze waarop de vergoeding wordt vastgesteld en kan worden verkregen.

Voorts is van belang dat de 'toegekende vergoeding redelijk is'.³¹ Vraag is wat de status is van deze redelijkheids-toets en hoe deze zich verhoudt tot het beginsel van *volledige* vergoeding van vermogensschade (art. 6:95 BW). Wordt dit beginsel verlaten ten gunste van een nieuw in massaschadezaken geldend vereiste dat de vergoeding redelijk is?³² Of is de vergoeding van vermogensschade pas redelijk als deze in beginsel volledig is? Smeehuijzen en Verheij³³ gaan uit van dit laatste. Aan categorisering is echter inherent een zekere mate van objectivering. Het is wel mogelijk om per categorie zo nauw mogelijk bij de concrete omstandigheden van de gedupeerden aan te sluiten maar die mogelijkheid is begrensd. Bij een collectieve afwikkeling dient mijns inziens wel, voor zover mogelijk, te worden gestreefd naar volledigheid.³⁴ De redelijkheidseis lijkt aldus wel degelijk te zien op de situatie waarin volledige vergoeding niet gegeven is, zoals bij een indeling in categorieën.

2.3. Deelconclusie

De WAMCA kenmerkt zich door:

- een grote mate van rechterlijke vrijheid en een gebrek aan sturing wat betreft de (1) vestiging van de

26. Kamerstukken II 2017/18, 34608, 6, p. 15.

27. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 52.

28. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 52.

29. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 5-6.

30. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 53.

31. Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3, p. 53.

32. Vgl. Hartlief, *NJB* 2017/2138.

33. Smeehuijzen & Verheij, *NJB* 2018/1241.

34. De toekenning van eenzelfde bedrag aan schadevergoeding ligt in dit opzicht niet voor de hand.

schadeplichtigheid, waaronder van de hiertoe vereiste causaliteit en relativiteit en (2) de te hanteren wijze van schadebegroting (meer concreet of abstract);³⁵

- de nauwe aansluiting bij de *damage-scheduling*-praktijk die inherent is aan de WCAM met dien verstande dat de rechter over de indeling in categorieën beslist (en niet slechts toetst of deze redelijk is);³⁶
- een zekere afhankelijkheid van partijen en deskundigen, die de rechter desgevraagd moeten voorzien van een voorstel resp. advies.

3. De schadeplichtigheid in collectieve zaken

3.1. Inleiding

Een collectieve vordering is naar zowel de oude als de nieuwe regeling pas ontvankelijk indien sprake is van ‘gelijksoortige belangen’ (art. 3:305a lid 1 BW).³⁷ Dan kan pas worden geabstraheerd van de bijzondere omstandigheden van het geval en is een collectieve uitspraak uitvoerbaar en zinvol. De oude collectieve actie nam als uitgangspunt het individuele belang. In dit kader kon geen schadevergoeding worden gevorderd omdat de toepassing van leerstukken ter bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid als dat van de eigen schuld zich niet zouden laten veralgemeniseren.³⁸ De wetgever is inmiddels van gedachten veranderd getuige de nieuwe wet. De ratio achter art. 3:305a lid 3 BW³⁹ zou gelet op de WCAM-praktijk zijn achterhaald.⁴⁰ Hierover weidt de parlementaire geschiedenis helaas niet verder uit. Naast de art. 305a-acties bestaat van oudsher ook de mogelijkheid om individuele claims te bundelen en ‘als collectief’ ten strijde te trekken (al dan niet bij wijze van procesvolmacht). De gebundelde claims behouden hun individuele karakter en de rechter kan in een dergelijke zaak de gebundelde vorderingen tot schadevergoeding toe- of afwijzen.

3.2. De vestigingsfase in een collectieve zaak in het pre-WAMCA-tijdperk

3.2.1. De gelijksoortigheidseis

In zijn bijdrage aan de in de inleiding genoemde bundel merkt G. Snijders op dat het afhangt ‘*van de feiten en de ingeroepen norm of een collectieve actie mogelijk is*’.⁴¹ De ‘geschiktheid’ van de ingeroepen norm om collectief te worden toegepast in de huidige rechtspraktijk kan worden afgemeten aan de mate waarin volgens de rechter sprake is van ‘gelijksoortige belangen’ bij de invulling van die norm (hiervoor paragraaf 2.1). Dit stelt hij dus doorgaans vast bij de ontvankelijkheidstoets ex art. 3:305a lid 1 BW. Hij schat dan de ‘kans’ dat een vordering, i.e. een beroep op een bepaalde norm aan de hand van de hem beschikbare feiten collectief kan worden beoordeeld. Lopen de feiten te zeer uiteen, dan is een collectieve uitspraak niet mogelijk.⁴² Een voorbeeld is de door de Stichting Renteswapschadeclaim tegen Rabobank ingediende collectieve actie.⁴³ De stichting werd niet-ontvankelijk verklaard omdat de groep gedupeerden te heterogeen was (kennis, positie, ervaring en modaliteiten) om een collectieve uitspraak te doen over de aansprakelijkheid van de bank. Tegelijkertijd behoeven de belangen ook niet identiek te zijn.⁴⁴ Dat de geleden schade mogelijk uiteenloopt, staat onder de oude regeling niet zonder meer in de weg aan de aanname dat sprake is van gelijksoortige belangen.⁴⁵ De rechter schuift het probleem van de schadebegroting door naar de individuele procedures⁴⁶ en passeert aldus de hierbij divergerende belangen.⁴⁷ Wel van betekenis is of de belangen (lees: dat schade is ontstaan en de omstandigheden waarin die is ontstaan) dermate convergeren dat de art. 305a-uitspraak latere *individuele* procedures zal helpen ‘sturen’ en een collectieve uitspraak zinvol, i.e. efficiënt en effectief is.

Bij collectieve acties waarin wordt voorgesorteerd op *personenschade* is de rechter soms terughoudend.⁴⁸ Voorts geldt dat als de vordering te zeer gericht is op de *omvang* (in plaats van de vestiging) van de aansprakelijkheid, de rechter de gelijksoortigheid van belangen snel uitsluit (ook al laat de toetsing aan de aansprakelijkheidsnorm zich veralgemeniseren).⁴⁹ De vraag is wanneer sprake is

35. De parlementaire geschiedenis zegt bijvoorbeeld niets over een onderscheid in type schade (personen-, zaak-, zuivere vermogensschade) en een mogelijke, al naargelang van dit onderscheid, verschillende aanpak.

36. A.J. Rijsterborgh, ‘Het begroten van de schadevergoeding in een collectieve actie’, *MvV* 2017, afl. 11.

37. ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*); ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*World Online*); ECLI:NL:RBROT:2011:BR1592, r.o. 4.10; ECLI:NL:RBMNE:2013:1776, r.o. 4.11; ECLI:NL:GHDHA:2016:1951, r.o. 2.2.

38. *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 29-31. Zie ECLI:NL:PHR:2014:219, randnummer 4.3.

39. Vgl. ECLI:NL:RBGEL:2015:2832, r.o. 3.6; ECLI:NL:HR:2006:AW2082 (*Vie d’Or*).

40. *Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 3, p. 6: ‘De praktijk met de WCAM heeft laten zien dat ook massaschade zich wel degelijk collectief laat afwickelen.’

41. Snijders 2010, p. 135 (cursivering – CP).

42. De mogelijk uiteenlopende beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag (wel/geen misleiding jegens verschillende groepen) betekent niet zonder meer dat geen sprake is van gelijksoortige belangen indien de organisatie slechts opkomt voor de groep jegens wie aansprakelijkheid wél bestaat: ECLI:NL:RBUTR:2007:BA6796.

43. ECLI:NL:RBOBR:2016:3383.

44. ECLI:NL:GHAMS:2007:BC0125.

45. ECLI:NL:RBUTR:2007:BB1357; ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2720; ECLI:NL:RBROT:2015:2707; ECLI:NL:RBNNE:2015:4185; ECLI:NL:RBGEL:2016:4140, r.o. 4.3.

46. ECLI:NL:RBAMS:2004:AP8458, r.o. 5.1.7; ECLI:NL:RBAMS:2005:AU2950, r.o. 4.2.3 en 4.2.5.

47. ECLI:NL:GHDHA:2013:CA0587; ECLI:NL:RBAMS:2018:2476, r.o. 4.18.

48. ECLI:NL:RBGEL:2016:4141, r.o. 3.5.

49. ECLI:NL:GHSGR:2004:AP0151, r.o. 4.2; ECLI:NL:HR:2006:AW2080, r.o. 9.1.3.

van een dergelijke gerichtheid: de verklaring voor recht dat sprake is van aansprakelijkheid *alsmede* de hoofdelijkheid ervan werd reeds gezien als een vordering die noopt tot vaststelling van de omvang van de schade. Een dergelijke vordering strandde op het gelijksoortigheidsvereiste.⁵⁰

Illustratief voor de wijze waarop de (gepercipieerde) onmogelijkheid tot abstrahering bij de beoordeling van de vordering de ontvankelijkheidseis in een oude art. 305a-actie soms inkleurt, is de door de Nederlandse Vereniging van Journalisten aangespannen zaak⁵¹ tegen de Staat inzake de beperking van het gebruik van drones, waarin de NVJ niet-ontvankelijk werd verklaard omdat de aansprakelijkheidsvraag zich niet in algemene zin zou laten beantwoorden.

‘5.21. De door de NVJ gevraagde verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is voor de schade die de journalisten die zij vertegenwoordigt hebben geleden (vordering III, sub c) strekt er in wezen toe de omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens ieder van de individuele journalisten vast te stellen. Deze vaststelling kan niet geschieden zonder te treden in de vraag in welke mate, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval, het ontstaan van die individuele schade aan de door de NVJ cs bestreden voorschriften – indien en voor zover het vaststellen en handhaven daarvan als onrechtmatig dient te worden aangemerkt – kan worden toegerekend en in welke mate de aan dezen en mogelijk aan de individuele benadeelde toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. De belangen die deze vordering aldus beoogt te dienen laten zich in dit geval in zodanig onvoldoende mate veralgemeniseren, dat zij niet gerekend kunnen worden tot de gelijksoortige belangen waarop art. 3:305a BW het oog heeft.’

Opvallend is dat de rechter in zaken waarin materiële belangen nauw verweven zijn met ideële belangen, doorgaans soepel omgaat met het gelijksoortigheidsvereiste.⁵² Die soepelheid betracht hij ook wanneer (o.m. in kort geding) een voorziening, zoals een verbod of gebod,⁵³ wordt gevorderd. In beide gevallen staat de bevordering van een efficiënte en effectieve rechtsbescherming voorop.

3.2.2. Vaststelling van de normschending

Een art. 305a-actie kan, mits de belangen van de gedupeerden en de door de belangenorganisatie ingebrachte feiten voldoende convergeren, uitmonden in een verklaring voor recht dat bijvoorbeeld sprake is van een (toerekenbare) tekortkoming of een onrechtmatige daad.⁵⁴ Hiervan bestaan vele voorbeelden. Een collectief beroep op misleidende reclame of de regeling van de oneerlijke handelspraktijken heeft kans van slagen, hetgeen kan worden verklaard door het geobjectiveerde karakter van de norm zelf (de maatstaf van de gemiddelde consument).⁵⁵ Echter, ook de schending van de meer op maatwerk toegesneden bijzondere zorgplicht wordt ‘collectief’ beoordeeld langs vaste, abstract geformuleerde gezichtspunten.⁵⁶ Zelfs de gebrekkigheid van ‘een’ product kan *in abstracto* worden vastgesteld voor een grote groep producten.⁵⁷ Een verklaring voor het gemak waarmee de normschending in een collectieve zaak wordt aangenomen, is volgens Rijsterborgh te vinden in de toegenomen abstracties in het partijdebat.⁵⁸ De bundeling van individuele vorderingen tot schadevergoeding stuit evenwel al snel op de onmogelijkheid om van bijzondere omstandigheden van het geval te abstraheren.⁵⁹ Het blijft hierbij immers gaan om een aaneenschakeling van individuele claims die op hun eigen merites moeten worden beoordeeld.

3.2.3. Causaliteit (c-s-q-n-verband), schade en relativiteit

Met een verklaring voor recht dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming of van een onrechtmatige gedraging is de aansprakelijkheid van gedaagde voor de door gedupeerden geleden schade nog niet meteen gegeven. Ook vereist zijn het bestaan van schade, een *condicio-sine-qua-non*-verband tussen de schade en de tekortkoming/onrechtmatige gedraging en bij een onrechtmatige daad, dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. De vraag is of de rechter zich in een collectieve zaak over deze vereisten voor de vestiging van de aansprakelijkheid uitspreekt.

In de *Staatsloterij*-zaak liet de Hoge Raad zich niet uit over het causale verband tussen misleiding en deelname aan de loterij.⁶⁰ Over het *condicio-sine-qua-non*-verband velt de rechter in de praktijk echter regelmatig een generiek oordeel. Als het risico dat het c-s-q-n-verband in *individuele* gevallen ontbreekt groot is, dan strandt de art. 305a-vordering doorgaans al in de ontvankelijkheidsfase: individuele omstandigheden lopen dan te zeer uiteen

50. Zie behalve de uitspraken uit de vorige noot ook ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, r.o. 3.6.

51. ECLI:NL:RBDHA:2016:13313, r.o. 5.21, *NJF* 2017/30. Een ander voorbeeld vormt: ECLI:NL:RBOBR:2016:3892, r.o. 4.5, *NJF* 2016/371.

52. Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ4174, r.o. 4.2; ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, r.o. 4.4; ECLI:NL:RBDHA:2019:115, r.o. 4.6.

53. Vgl. ECLI:NL:RBGEL:2016:4140, r.o. 4.3 waarin veiligheidsmaatregelen werden gevorderd.

54. Een collectieve vordering van ontbinding of vernietiging (op grond van een van de wilsgebreken) is ook mogelijk (in het laatste geval geschiedt de ‘schadeafwikkeling’ langs de lijn van de onverschuldigde betaling). Een dergelijke vordering strandt evenwel regelmatig vanwege de verscheidenheid in persoonlijke omstandigheden. Snijders, p. 139-140.

55. Bijv. ECLI:NL:HR:2009:BH2162, ECLI:NL:HR:2015:178 (*Staatsloterij*).

56. ECLI:NL:HR:2015:3399.

57. HvJ EU 5 maart 2015, gevoegde zaken C-503/13 en C-504/13 (*Boston Scientific Medizintechnik*).

58. Rijsterborgh 2017, p. 326.

59. ECLI:NL:RBUTR:2006:AZ5241; ECLI:NL:GHAMS:2008:BF0810 (*Stichting Spirit/Aegon Bank NV*). Zie echter ECLI:NL:RBNNE:2017:715, r.o. 4.4.8, waarin de NAM aansprakelijk werd geacht voor de door de 120 eisers geleden immateriële schade en de gemaakte kosten (betaalde huur en hypotheekrente) die hun doel hebben gemist.

60. ECLI:NL:HR:2015:178, *AA* 2015, afl. 10, p. 784-793, m.nt. W.H. van Boom en C.M.D.S. Pavillon.

en er is geen sprake van gelijksoortige belangen.⁶¹ De 'soortgelijke belangen'-toets fungeert in zekere zin als een drempel. Als die drempel is genomen en de normschending/tekortkoming wordt aangenomen, dan lijkt het veralgemeniseren van het c-s-q-n-verband tussen schade (een bepaalde ziekte, lage rendementen, scheuren in een huis) en schadeveroorzakende gebeurtenis zonder meer mogelijk.⁶²

Bestaande jurisprudentiële⁶³ of wettelijke⁶⁴ vermoedens bieden uitkomst in een collectieve procedure. De aan het bewijs van een c-s-q-n-verband te stellen eisen worden hierbij versoepeld⁶⁵ en deels losgemaakt van concrete individuele omstandigheden. Echter, voor de toepassing van een vermoeden in een art. 305a-zaak moeten ook de normschending en de schade zich laten abstraheren. Als de individuele omstandigheden van het geval te zeer uiteenlopen (bij personenschade meestal), dan is een collectieve uitspraak over dat vermoeden niet mogelijk.⁶⁶

Een veralgemeniseerd causaliteitsoordeel blijkt niet beperkt tot de 'bestaande' vermoedens (omkeringsregel, art. 6:99 en art. 6:177a BW enz.).⁶⁷ De rechter kan op grond van door eiser aangedragen algemene feiten en cijfers een causaal verband aannemelijk achten.⁶⁸ In de *WOL*-zaak (een prospectusaansprakelijkheidszaak)⁶⁹ toonde de Hoge Raad zich bijvoorbeeld bereid om zich over het c-s-q-n-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing uit te spreken (r.o. 4.11.2).⁷⁰ Die causaliteitstoetsing was dan ook geënt op het wezenlijke verstoringsvereiste uit de geobjectiveerde misleidingnorm, waarmee zij sterke gelijkenis vertoont (art. 6:194 BW). Het abstracte causaliteitsoordeel werd gegeven onder de 'voorwaarde' dat individuele omstandigheden uiteindelijk beslissend (konden) zijn. De Hoge Raad hield dus een slag om de arm waar het aankwam op de individuele gevallen (r.o. 4.11.3).

Over de aanwezigheid van schade weidt de rechter in de art. 305a-procedure meestal niet uit. In het licht van de gelijksoortigheidseis stelt hij hier geen al te hoge eisen aan. Schade hoeft alleen aannemelijk te worden gemaakt:

'(...) weliswaar is voor de vaststelling van een onrechtmatige daad de aanwezigheid van schade een vereiste, doch voor de ontvankelijkheid van de Stichting in de gevorderde verklaring voor recht is voldoende dat zij heeft gesteld dat degenen voor wier belangen zij opkomt, en die hierna zullen worden aangeduid als de kopers, van het gestelde onrechtmatig handelen nadeel hebben ondervonden.'⁷¹

In de *Srebrenica*-zaak – een (deels) op art. 3:305a BW en deels op gebundelde vorderingen gestoelde zaak – is de appelrechter ingegaan op de vraag of door het handelen van Dutchbat schade is geleden en heeft hij overwogen dat sprake was van kansschade.⁷² In de *Urgenda*-zaak, waarin een gebod werd gevorderd, liet de rechtbank zich in abstracte zin uit over 'mogelijke' schade, causaal verband én relativiteit.⁷³

Wat betreft de bereidheid van de rechter om in een art. 305a-actie de relativiteit vast te stellen, is de uitspraak van de Hoge Raad in een befaamde Ponzi-zwendelzaak noemenswaardig.⁷⁴ Waar in eerdere rechtspraak is bepaald dat in een collectieve zaak niet aan het relativiteitsbeginsel kon worden getoetst,⁷⁵ is de Hoge Raad hier in deze zaak wel toe bereid geweest (r.o. 5.1). De vaststelling van 'doel en strekking van de geschonden norm', aan de hand waarvan moet worden onderzocht (1) tot welke personen, (2) tegen welke schade, en (3) tegen welke wijzen van ontstaan van schade de norm bescherming beoogt te bieden, bleek zeer wel mogelijk.⁷⁶ In het *Vie d'Or*-arrest had de Hoge Raad overigens al een voorzetje gedaan.⁷⁷ In de Ponzi-zwendelzaak was door het hof wel benadrukt dat in individuele procedures, in het bijzonder in het kader van het leerstuk van eigen schuld, het beschermingsbereik van de norm nog kon worden bijgesteld. Onoplet-

61. ECLI:NL:RBDHA:2016:13313; ECLI:NL:RBOBR:2016:3892, r.o. 4.5.

62. ECLI:NL:GHSGR:2004:AP0151 (*Vie d'Or*), r.o. 8.2-8.6; ECLI:NL:RBAMS:2015:7495, r.o. 4.5.

63. Vgl. de omkeringsregel. In de *Westfriese Flora*-zaak is in hoger beroep uitgesproken dat de omkeringsregel niet gold bij vorderingen tegen standhouder 2 maar wel bij die tegen standhouder 1: ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, r.o. 6.37.

64. Vgl. art. 6:99 BW. Bij onzekerheid over het verband biedt alternatieve causaliteit mogelijk uitkomst: HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner (*DES-dochters*). Ook hier is sprake van abstrahering van individuele gevallen. De toepassing van dit vermoeden in een collectieve zaak stuitte destijds wel op verzet (niet in de laatste plaats van A-G Hartkamp): geen van de producenten van het medicijn kon de gehele (collectieve) schade hebben veroorzaakt (hetgeen wel wordt vereist door art. 6:99 BW) en producenten werden aansprakelijk gesteld voor meer schade dan zij gelet op hun marktaandeel veroorzaakt konden hebben. In ECLI:NL:GHDHA:2017:1761, r.o. 69.2 (de *Srebrenica*-zaak) mislukte het beroep op art. 6:99 BW.

65. I. Giesen & R. Rijnhout, 'Changing the Causation Requirement and Its Impact on Companies Faced with Tort Claims', in: H. Koster e.a. (red.), *Essays on Private & Business Law*, Den Haag: Eleven international publishing 2017, p. 83-105.

66. ECLI:NL:RBGEL:2016:4141, r.o. 3.5.

67. ECLI:NL:HR:2006:AW2077, r.o. 8.6 (*Vie d'Or*).

68. Vgl. HvJ EU 21 juni 2017, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 (*W. c.s./Sanofi Pasteur*).

69. ECLI:NL:HR:2009:BH2162.

70. J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Het csqn-verband in het financiële aansprakelijkheidsrecht', *MvV* 2014, afl. 12, p. 317-324; M.W. Wallinga & A.C.W. Pijls, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *RMThemis* 2018, afl. 1, p. 20-24.

71. ECLI:NL:RBAMS:2005:AU2950, r.o. 4.2.3.

72. ECLI:NL:GHDHA:2017:1761. Ook oordeelde het hof dat in enkele vorderingen het c-s-q-n-verband ontbrak (r.o. 18 en 64.2). Waar het hof de Staat voor 30% aansprakelijk achtte, bepaalde de Hoge Raad op 19 juli 2019 dat de Staat slechts aansprakelijk is voor 10% van de schade die de nabestaanden van 350 mannelijke vluchtelingen hebben geleden: ECLI:NL:HR:2019:1223.

73. ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. In deze zaak was de schade nog niet eens geleden.

74. ECLI:NL:HR:2015:3399 (*Stichting Gedupeerde Beleggers/ABN Amro*). Zie ook concl. A-G M.H. Wissink, punt 6.23.

75. ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, r.o. 3.6.

76. Anders, althans twijfelend: D.F.H. Stein, 'Relativiteit, eigen schuld en de collectieve actie', *MvV* 2016, afl. 10, p. 276.

77. ECLI:NL:HR:2006:AW2077, r.o. 4.2.1-4.2.2 (*Vie d'Or*).

tende, onvoorzichtige of roekeloze beleggers zouden dan buiten de boot vallen. De aan de onderhandelende partijen en, bij het mislukken van schikkingsonderhandelingen, aan individuele procedures overgelaten begrotingsfase vormt aldus het 'contragewicht'.⁷⁸

In de parlementaire geschiedenis van het oude art. 3:305a BW geeft de wetgever aan dat het de bedoeling van de procedure is om de aansprakelijkheid vast te stellen in een declaratoir vonnis. Het is ook mogelijk om schadevergoeding in natura toe te wijzen.⁷⁹ Het enige waartoe de oude regeling niet strekt is de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsplicht. Over de voor de schadeplichtigheid nodige vaststelling van schade, causaliteit en relativiteit rept de parlementaire geschiedenis van de oude regeling net zomin als die van de WAMCA.

3.3. De begrotingsfase in een collectieve zaak in het pre-WAMCA-tijdperk

Als gezegd is voor een vordering tot schadevergoeding te voldoen in geld in de oude regeling geen plaats.⁸⁰ De rechter laat die begrotingsfase ook meestal geheel buiten beschouwing. Dat over de omvang van de schadevergoedingsplicht (nog) niets bepaald kan worden, vormt geen belemmering om aan te nemen dat sprake is van 'gelijksoortige belangen' (paragraaf 3.2.1), zolang de vordering geen betrekking heeft op die omvang. Of de belangenorganisatie wel of niet ontvankelijk wordt verklaard, hangt af van de mate waarin de omstandigheden uiteenlopen, de bereidheid van de rechter om te abstraheren van (in meer of mindere mate) divergerende individuele omstandigheden en de aard van de vordering: neigt zij naar een vordering van schadevergoeding of niet? Als de (volgens hem) te beantwoorden vragen te zeer raken aan de (individuele) begrotingsfase, dan is de rechter veelal terughoudend.

De vordering dat een wijze van schadebegroting werd voorgeschreven strandde in een collectieve⁸¹ Groningse aardbevingenzaak. Zowel de lagere als de appelrechter toonde zich slechts bereid om een verklaring voor recht uit te spreken dat de aan woningen geleden schade op abstracte wijze *kan* worden begroot (r.o. 4.1.12 en 4.4.18).⁸² De schadeberekening zelf moet wel individueel geschieden en de causaliteitsvraag kwam in deze zaak niet aan de orde. Er wordt slechts voor recht verklaard dat waardevermindering van de onroerende zaken voor vergoeding in aanmerking komt, ongeacht of fysieke schade aan de onroerende zaken is opgetreden en ongeacht of

de onroerende zaken zijn verkocht. Van een peildatum wil de rechter niets weten.

Volgens annotator Franken:

'(...) geeft de rechtbank (eigenlijk) aan dat deze waardevermindering zich lastig voor een collectieve actie leent. In individuele procedures moet worden berekend en gewaardeerd hoe de verschillende omstandigheden die aan de waardevermindering ten grondslag liggen zich tot elkaar verhouden en in hoeverre met toekomstige ontwikkelingen rekening moet worden gehouden.'⁸³

De rechter beperkt zich aldus tot de vraag of de schade abstract *moet* worden begroot (*quod non*, het 'kan'). Volgens Franken is een meer sturende en meeromvattende collectieve benadering van de schadebegroting in deze zaak echter wel degelijk mogelijk, en ook wenselijk. Hij stelt een, gezien de (collectieve) aard van de aansprakelijkheid (art. 6:177 BW) en de aard van de schade (zaakschade), behoudende wijze van schadebegroting voor, waarin verschillende leerstukken *in abstracto* worden ingevuld: een beperkte toerekening op grond van art. 6:98 BW, een ruime toerekening van voordeel (art. 6:100 BW) en het mee laten wegen van alleen de zeer aannemelijke kwade kansen op langere termijn (als 'typische' of 'alleszins voorzienbare' gevolgen). In wezen schetst hij een op afdeling 6.1.10 BW toegesneden abstracte schaderegeling aan de hand waarvan de concrete schade kan worden afgewikkeld.

In een andere, recente gebundelde claimprocedure inzake Groningse aardbevingsschade ging de rechter simpelweg over tot de toewijzing van de vordering. De Rechtbank Noord-Nederland wees de door 127 woningeigenaren ingestelde vordering tot (onder meer) immateriële schadevergoeding tegen de NAM toe.⁸⁴ De begroting werd evenwel doorgeschoven naar de afzonderlijke schadestaatprocedures⁸⁵ en naar de beoogde publiekrechtelijke collectieve schadeafhandeling. Op de vraag of de predispositie van een gedupeerde ervoor kan zorgen dat niet alle schade aan de NAM wordt toegerekend op grond van art. 6:98 BW, is tijdens de procedure bijvoorbeeld niet ingegaan.

3.4. Tussenconclusie

Dit korte overzicht van de toepassing van materieel recht in een collectieve actie in de praktijk tot nu toe leert ons dat:

78. Rijsterborgh 2017, p. 327.

79. *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 29-31. Zie ECLI:NL:PHR:2014:219, punt 4.3. De WAMCA acht toepassing van art. 6:103 BW expliciet mogelijk. *Kamerstukken II* 2017/18, 34608, 6, p. 16. Hierover I. Tillemans, 'Wie het kleine eert, is in de aap gelogeed? Over schadevergoeding in natura bij massaschadezaken en het risico van coupon settlements', *AA* 2019, afl. 4, p. 265-275.

80. Zie evenwel: Hof Amsterdam 27 juni 1996, *TvC* 1996, p. 373-380 (*Consumentenbond/Air Atlantis*).

81. In hoger beroep werd, anders dan in eerste instantie, Stichting WAG niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen voor zover deze zijn gebaseerd op art. 3:305a BW. Naar het oordeel van het hof bieden de statuten van WAG geen ruimte voor het behartigen van de belangen van anderen dan haar deelnemers: ECLI:NL:GHARL:2018:618. Restte dus een gebundelde claim.

82. Kritisch over de keuze voor deze begrotingswijze is A.J. Verheij, 'Geldt het Burgerlijk Wetboek nog in Groningen?', *NJB* 2015/1250, p. 1733-1738.

83. A.Ch.H. Franken, 'Schokkende schade', *AV&S* 2015/33.

84. ECLI:NL:RBNNE:2017:715, m.nt. M.Th. Beumers, 'Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling', *NTBR* 2016/25. A.J. Verheij, 'Vergoeding van immateriële schade en van uitgaven die hun doel misten', *AV&S* 2017/21.

85. Over de implicaties van deze en vorige zaak zijn, in een individuele procedure (ECLI:NL:RBNNE:2017:5257) prejudiciële vragen ingediend bij de Hoge Raad: deze deed uitspraak op 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278.

- de gelijksoortigheidseis zijn grenzen vindt in de overgang van vestigings- naar begrotingsfase;
- de rechter nauwelijks vooruitloopt op de begrotingsfase maar wel bereid is om zich in abstracte zin over vraagstukken van causaliteit, schade en relativiteit uit te spreken;
- die bereidheid nogal uiteenloopt, in zaken waarin sprake is van personenschade (vergelijk de *Westfriese Flora*-zaak⁸⁶ met de *DES*-⁸⁷ en de tweede Groningse aardbevingszaak⁸⁸) maar ook in zaken waarin sprake is van zuivere vermogensschade (vergelijk de *WOL*-zaak⁸⁹ met de *Staatsloterij*-zaak⁹⁰); en
- haar rechtvaardiging vindt in de mogelijkheid die de aansprakelijk gestelde partij heeft om hetgeen *in abstracto* wordt aangenomen *in concreto* te weerleggen tijdens de (individuele) begrotingsfase (vergelijk wederom de *WOL*-zaak⁹¹ maar ook de Ponzi-zwendelzaak⁹² en de beide Groningse aardbevingszaken⁹³).

4. De toepassing van het schadevergoedingsrecht in een individuele zaak met een collectief karakter

4.1. Inleiding

Alvorens in te gaan op de mate waarin in individuele zaken die spelen tegen de achtergrond van massaschade sprake is van abstrahering, ga ik kort in op de vraag of een dergelijke abstrahering wenselijk is. Deze vraag laat zich niet eenduidig beantwoorden. Een collectieve aanpak van massaschade heeft ontegenzeggelijk diverse voordelen (ontlasting rechtspraak, kostenefficiëntie, rechtsgelijkheid en -zekerheid). Dat er behoefte is aan modeluitspraken, ‘test cases’, staat ook vast: er moet een indicatie zijn van de haalbaarheid van de collectieve claim. En dat individuele uitspraken geen afbreuk zouden mogen doen aan de effectiviteit van een collectieve regeling, is zonder meer verdedigbaar.⁹⁴ Tegenover argumenten die de veralgemenisering in individuele zaken ondersteunen, staan evenwel argumenten als de noodzaak van individuele rechtsbedeling (recht doen aan het individuele geval).⁹⁵

4.2. De vestigingsfase in een individuele zaak met een collectief karakter

Rechters lijken ‘gevangen in (ten dele) door zichzelf gecreëerde dogmatiek’, stelde Hermans in 2015, doelend op het door hem waargenomen onvermogen van rechters om modeluitspraken te wijzen en afstand te nemen van bijzondere omstandigheden.⁹⁶ Toch wordt in proefprocedures geregeld rekening gehouden met het massale karakter van de achterliggende problematiek. Soms wordt dit zelfs expliciet overwogen.⁹⁷ Door een bijzondere inkleuring en vergaande mate van objectivering krijgen bestaande leerstukken van nationale en Europese origine een nieuw gezicht. De manier waarop de op de redelijkheid en billijkheid gestoelde bijzondere bancaire zorgplicht en het eigen-schuld-leerstuk in de *Dexia*-zaak zijn ingevuld spreken in het bijzonder tot de verbeelding. Er zijn gezichtspuntencatalogi ontwikkeld die bij latere zaken kunnen worden gebruikt.⁹⁸ Voorts werd de klachtplicht van een op de problematiek afgestemde invulling voorzien⁹⁹ en werden aanvullende informatieplichten nader afgebakend en geconcretiseerd.¹⁰⁰

In individuele zaken waarin rekening wordt gehouden met de collectieve achtergrond is veelal sprake van een objectieve en abstracte invulling van de aansprakelijkheidsnorm. De civiele rechter bedient zich van op de individuele rechthebbende toegesneden leerstukken waarvan de uitleg en toepassing afhangt van de omstandigheden van het geval. Het objectiveren van die uitleg en toepassing betekent dat de individuele rechtsbedeling naar de achtergrond verschuift. Deze spanning is bij het hanteren van sommige leerstukken eenvoudiger weg te nemen dan bij andere. Zo leent de misleidingnorm met haar maatman zich op papier beter voor een abstrahering van concrete omstandigheden dan het leerstuk van de dwaling.¹⁰¹

4.3. De begrotingsfase in een individuele zaak met een collectief karakter

Bij de toepassing van de regels uit afdeling 6.1.10 BW blijkt veralgemenisering zeer wel mogelijk in individuele

86. ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504.

87. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994/535.

88. ECLI:NL:RBNNE:2017:715.

89. ECLI:NL:HR:2009:BH2162.

90. ECLI:NL:HR:2015:178.

91. Hierin bepaalde de Hoge Raad dat ‘pas in het kader van de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid jegens een individuele belegger (...) aan de orde [komt] of en, zo ja, in hoeverre deze bij zijn beleggingsbeslissing daadwerkelijk door de misleidende mededeling is beïnvloed en als gevolg daarvan is benadeeld’ (r.o. 4.10.4) en dat ‘de rechter (...) naar aanleiding van de over en weer aangevoerde argumenten (waarbij zo nodig de juistheid van daarbij aangevoerde feiten door de meest gerede partij aannemelijk moet worden gemaakt), en mede in aanmerking genomen de aard van de desbetreffende misleidende mededeling(en) en de verder beschikbare informatie, tot de conclusie [kan] komen dat voormeld uitgangspunt in het concrete geval niet opgaat’ (r.o. 4.11.2).

92. ECLI:NL:HR:2015:3399, r.o. 4.2.

93. ECLI:NL:RBNNE:2017:715, r.o. 4.4.8, 4.5.7-4.5.8 en ECLI:NL:GHARL:2018:618, r.o. 96.

94. Hermans 2015, p. 385.

95. C.M.D.S. Pavillon, ‘De derdenwerking van collectieve acties tegen onredelijke bedingen in het licht van de Europese rechtspraak’, *TvC* 2016, afl. 4, p. 160-168.

96. Hermans 2015, p. 381.

97. ECLI:NL:HR:2017:164, r.o. 3.6.2.

98. ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (*De Treek/Dexia*); ECLI:NL:HR:2009:BH2811 (*Levob/Bolle*); ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon*).

99. ECLI:NL:HR:2013:BX7846.

100. ECLI:NL:RBROT:2017:5654.

101. Vgl. Snijders 2015, p. 132. In proefprocessen is een beroep op een vernietigingsgrond doorgaans geen recept voor succes. In de *Dexia*-zaak werd het beroep op dwaling afgewezen (met de gedachte dat i.c. een alles-of-niets-benadering niet paste).

zaken met een massaclaim-achtergrond (vgl. hiervoor paragraaf 3.3). De hof-formule die is ontwikkeld in het kader van procedures ingesteld door out-optanten van de Duisenberg-regeling biedt houvast bij de afwikkeling van de aandelenleaseschade in individuele zaken. In die formule is ruimte voor een gestandaardiseerde toepassing van de leerstukken van eigen schuld en voordeelstoerekening.¹⁰² Over de formule overweegt de Hoge Raad dat zij ‘voldoende ruimte laat om ook met individuele omstandigheden van de afnemer rekening te houden’.¹⁰³ De standaardformule moet ervoor zorgen dat de concrete situaties gelijk worden behandeld.

In individuele zaken met een collectieve achtergrond stuit een gestandaardiseerde (concrete) begroting van zuivere vermogensschade *qua techniek* op relatief weinig complicaties. De toepassing daarentegen zorgt echter voor de nodige procedures. Aan genoemde formule wordt gesleuteld doordat er steeds weer nieuwe gezichtspunten bij komen die recht moeten doen aan individuele omstandigheden.¹⁰⁴ De rechtspraak zou collectieve oplossingen frustreren door in individuele zaken met een collectieve dimensie juist voor (geobjectiveerd) maatwerk te kiezen. Door continue fijnafstellingen, zou de rechter zich volgens Hermans onvoldoende rekenschap geven van die collectieve dimensie.¹⁰⁵ De ontwikkelde, aan aanpassingen onderhevige formules moeten overigens steeds op het individuele geval worden toegepast: de omvang van de schadevergoeding hangt dus uiteindelijk af van de individuele omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden gaan wel door een door de rechter ontworpen ‘trechter’.

4.4. De prejudiciële procedure in massaclaimzaken

De mogelijkheid voor rechters in feitelijke instanties om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen is ontstaan mede met het oog op de afwikkeling van massaclaims in het kader van de WCAM.¹⁰⁶ Aan de Hoge Raad mogen vragen worden gericht die rechtstreeks van belang zijn voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen (sub a) of vragen die rechtstreeks van belang zijn voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet (sub b) (art. 392 Rv).¹⁰⁷

Die procedure is al meermalen gebruikt in individuele zaken met een massaclaimachtergrond zoals in door out-optanten gestarte effectenleasozaken en een Groningse aardbevingszaak,¹⁰⁸ doch opvallend genoeg nog niet in de context van een WCAM-schikking. De Hoge Raad doet in sommige prejudiciële beslissingen een handreiking

aan de lagere rechter door een van individuele omstandigheden geabstraheerde toepassing van een regel voor te leggen die een geüniformeerde afwikkeling van de schade mogelijk maakt. De Hoge Raad heeft kennelijk weinig moeite met die vorm van abstrahering.

Zo beantwoordde de Raad prejudiciële vragen over schadevaststelling bij de ontbinding van effectenleaseovereenkomsten wegens wanbetaling. De door hem uitgestippelde regels zien op de vragen (i) welke voordelen in aanmerking komen voor toerekening in de zin van art. 6:100 BW, (ii) hoe het voordeel moet worden toegerekend aan twee of meer verschillende schadeposten en (iii) op welke wijze de beoordeling dient plaats te vinden indien op zowel voordeelstoerekening als ‘eigen schuld’ een beroep is gedaan. Er worden duidelijke richtlijnen verschaft die in de sterk op elkaar lijkende individuele zaken kunnen worden gehanteerd.¹⁰⁹ Over de toewijzing van een bepaald schadebedrag, bijvoorbeeld in het kader van een categorisering, heeft de Hoge Raad zich nog niet hoeven uitlaten.

In de Groningse aardbevingszaak beantwoordde de Hoge Raad recent de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking kan komen. Hij bepaalde, in afwijking van het Hof Leeuwarden,¹¹⁰ dat de situatie niet voldoende stabiel is om de waardevermindering van een woning te vergoeden eer deze daadwerkelijk is verkocht. Daarnaast geeft de Raad de lagere rechter handvatten bij het begroten van het gederfd woongenot (r.o. 2.12.4). Opmerkelijk is de volgende rechtsoverweging inzake de vergoeding van smartengeld:

‘2.13.6. De omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die bestaat in een aantasting in de persoon op andere wijze, laat zich niet “min of meer forfaitair” vaststellen nu dat niet verenigbaar is met het hoogst persoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van deze schade. Dat laat onverlet dat de rechter kan oordelen dat de aard en de ernst van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor bewoners van een bepaald gebied boven het Groningenveld zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen (...) en dat de rechter daarbij aannemelijk kan achten dat de door deze aantasting in de persoon geleden schade voor deze bewoners ten minste een bepaald bedrag beloopt.’

102.ECLI:NL:HR:2011:BP4012 (*V.d. Heijden/Dexia*) en ECLI:NL:HR:2009:BJ7320 (*Nabbe/Staalbankiers*). Een dergelijke vaste aanpak is o.a. nuttig om *cherry picking* tegen te gaan.

103.ECLI:NL:HR:2011:BP4012 (*V.d. Heijden/Dexia*).

104.ECLI:NL:HR:2016:2012 (*Beckers/Dexia*) en ECLI:NL:GHAMS:2017:3101.

105.Hermans 2015, p 385. Door een individuele consument meer schadevergoeding toe te wijzen dan uit een collectieve schikking volgt, maakt hij het voor gedupeerden aantrekkelijk om voor een opt-out te kiezen. Vgl. de nasleep van de Duisenberg-regeling.

106.Wetsvoorstel 32612.

107.Zie hierover I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tussentijdse evaluatie mede in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: BJu 2016.

108.ECLI:NL:HR:2019:1278.

109.ECLI:NL:HR:2017:164.

110.ECLI:NL:GHARL:2018:618: dit arrest bindt wel de NAM jegens de gedupeerden namens wie de stichting optrad.

5. Damage scheduling

In geval van een WCAM-schikkingsovereenkomst wordt gebruik gemaakt van *damage scheduling*, een gestandaardiseerd afwikkelingsmechanisme met een indeling in schadecategorieën.¹¹¹ Bij een verzoek tot verbindendverklaring van de schikking moet ex art. 7:907 lid 2 BW inzage worden gegeven in het overeengekomen 'schema'. Zo is vereist een omschrijving van de groep(en) van benadeelden naargelang de aard en ernst van hun schade, de vergoeding die deze personen krijgen, alsmede de voorwaarden waaraan zij moeten voldoen om voor deze vergoeding in aanmerking te komen (vgl. art. 1018i lid 1 en 2 Rv).

Het Amsterdamse hof heeft zich reeds meermalen over schema's moeten buigen in het kader van een verbindend-verklaringsprocedure. Zo ook recentelijk tot tweemaal toe in de *Aegas*-zaak. Het hof streeft naar inclusiviteit en oordeelde in eerste instantie dat het onderscheid tussen de groep actieve en passieve deelnemers aan de actie 'niet [wordt] gerechtvaardigd door de aard, omvang, ernst of oorzaak van de schade (koersverlies of koersinflatie)'.¹¹² De aangepaste schikking waarin actieve en niet-actieve aandeelhouders evenveel per aandeel krijgen, werd wel verbindend verklaard.¹¹³

Art. 6:97 BW biedt ruimte voor *damage scheduling*. In de WAMCA is logischerwijs aansluiting gezocht bij deze wijze van schadeafwikkeling: van de rechter wordt verwacht dat hij mechanismen opzet waarlangs in categorieën ingedeelde gedupeerden hun schade vergoed kunnen krijgen.¹¹⁴ Een dergelijk mechanisme houdt evenwel niet steeds in dat een vast bedrag per categorie wordt vastgesteld. In veel gevallen (bij zuivere vermogensschade bijvoorbeeld) zal per categorie een formule of percentage de omvang van de vergoeding bepalen (dit volgt uit art. 7:907 lid 2 BW).¹¹⁵ Een gedupeerde moet zich melden met zijn vordering, zijn schade aantonen en ook aantonen dat hij in een bepaalde categorie valt. Bij sommige posten bestaat ruimte voor het inbrengen van bewijsstukken ter bepaling van de *hoogte* van de schade. In de verdeelsleutel kan rekening worden gehouden met de mate van voordeelstoerekening of eigen schuld. Anders dan in een individuele zaak, zal de aansprakelijke partij alleen groepsge-
wys verweer kunnen voeren.¹¹⁶

Bij *damage scheduling* is thans veelal sprake van een *individuele* begroting volgens standaardformules die gelden voor de categorie waaronder de individuele gedupeerde valt. Het gaat hierbij om 'maatwerk op macro-niveau', naar de woorden van Tzankova.¹¹⁷ *Damage scheduling* is in de WCAM-zaken slechts aangewend om de schade zo concreet mogelijk te begroten. Geen van die schikkingen betrof abstracte (zaak)schade. De aanpak leent zich echter bijzonder goed en misschien zelfs beter voor een abstracte begroting van de individueel geleden schade. Er zijn wel voorbeelden van een abstracte afwikkeling buiten de context van de WCAM: de extra trekking van de Staatsloterij (met eventuele compensatie van € 30) en de voucher¹¹⁸ bij aardbevingsschade.¹¹⁹ Beide afwikkelingen hebben geleid tot ontevredenheid maar de vraag is of deze abstracties echt nadelig waren. In individuele procedures jegens de Staatsloterij is de vraag of daadwerkelijk schade is geleden nog niet bevestigend beantwoord.¹²⁰

Barendrecht en Van Doorn benadrukken dat alle partijen zich moeten vinden in de gemaakte indeling in categorieën.¹²¹ Hiervan zal naar verwachting niet snel sprake zijn als het in een collectieve zaak aankomt op een rechterlijk oordeel. Het onderscheiden van de schadegroepen vindt thans plaats buiten de rechter om. Hoewel in beginsel sprake is van gelijksoortige belangen en van een 'nauw omschreven groep', zal de rechter in de nieuwe procedure een onderverdeling moeten maken binnen die groep aan de hand van de aard of de ernst van de schade of de mate van eigen schuld. In de Ponzi-zwendelzaak had de rechter zich bij een dergelijke indeling in categorieën bijvoorbeeld moeten uitspreken over de vraag of onvoorzichtigheid van de belegger eigen schuld oplevert en zo ja, voor welk percentage (net als in de *Dexia*-zaak).¹²² Het spreekt voor zich dat de rechter hier in de nieuwe procedure wel hulp van partijen en zo nodig deskundigen bij kan krijgen (hiervoor paragraaf 2.2.2).

Gelet op de mogelijkheid tot en ruime ervaring met *damage scheduling* lijkt de ratio achter art. 3:305a lid 3 BW inderdaad achterhaald. Veralgemeinering van omstandigheden is bij de toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht een reële mogelijkheid, zo blijkt uit de praktijk. Er dreigen in de nieuwe procedure echter enkele knelpunten te ontstaan.

111. *Kamerstukken II* 2003/2004, 29414, 3, p. 5-6 (MvT).

112. ECLI:NL:GHAMS:2017:2257, r.o. 8.25-8.27.

113. ECLI:NL:GHAMS:2018:2422. Actieve aandeelhouders die zich hebben aangesloten bij een andere organisatie dan de VEB krijgen wel een extra compensatie.

114. Zoals aangegeven in paragraaf 2.2.2 is de rechter echter niet gebonden aan deze begrotingswijze.

115. In de Duisenberg-regeling is de omvang van de schadevergoeding is sommige gevallen afhankelijk van de restschuld: www.dexialease.nl/tds_images/schema_duisenberg_regeling.pdf.

116. Rijsterborgh 2017, p. 330.

117. I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 162-163 en p. 182.

118. Op 18 juni 2017 ontvingen 7900 schademelders een voucheraanbieding. De voucher vertegenwoordigt een waarde van maximaal € 1500 waarvoor een gedupeerde eigenaar zo mogelijk alle of anders een deel van de in het/de expertiserapport(en) vastgestelde schade(s) eenmalig kan laten herstellen. Acceptatie van de voucher betekent voor de gedupeerde finale kwijting voor alle schades in het schaderapport.

119. Zie over coupon-settlements: Tillema 2019.

120. ECLI:NL:RBLIM:2018:4295, m.nt. C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, *TvC* 2018, afl. 4, p. 190; ECLI:NL:RBDHA:2019:2532.

121. J.M. Barendrecht & C.J.M. van Doorn, 'Richtpunten voor massale geschillen: het schikkingsspel in de aandelenleaseaffaire', *NJB* 2007/2127, p. 2605-2612.

122. ECLI:NL:HR:2015:3399.

6. Vier mogelijke knelpunten

Uit voorgaand overzicht van de toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in massaschadezaken blijkt dat, hoewel veralgemenisering mogelijk blijkt, de rechter zich in een collectieve actie terughoudend opstelt als hij vreest iets over de berekening en omvang van de schadeplicht jegens individuen te moeten beslissen. Opvallend is dat van een dergelijke terughoudendheid minder sprake is bij gebundelde (al dan niet gecedeerde) individuele vorderingen en met name in proefprocessen. Hoewel rechters soms verschillende richtingen opgaan, tot grote ergernis van de aansprakelijke partijen, blijken zij in dergelijke procedures bereid om niet alleen de vestiging van de aansprakelijkheid maar ook de begroting van de schade te veralgemeniseren door aan te sluiten bij de *damage-scheduling*-aanpak die kenmerkend is voor de WCAM. Dat rechtszekerheid ontbreekt, hangt dan samen met de veelheid aan procedures met betrekking tot 'nieuwe' rechtsvragen.

6.1. Gelijksortigheidseis en vooruitblikken

De gelijksortigheidseis uit art. 3:305a lid 1 BW blijft in de WAMCA gehandhaafd maar is thans losgekoppeld van het verbod van lid 3 en aangevuld met de gemeenschappelijkheidseis van art. 1018c lid 5 sub b Rv. Het is voor de rechter die gewend is om bij een art. 305a-vordering gericht op de omvang van de schade bij verschillende groepen personen tot het ontbreken van gelijksoortige belangen te concluderen,¹²³ een hele stap om te oordelen dat bundeling wél mogelijk is. De vraag is bijvoorbeeld of de in paragraaf 3.2.1 aangehaalde, door de NVJ aangespannen zaak¹²⁴ zich voor *damage scheduling* of categorisering zou kunnen lenen. Voor die mogelijkheid moet de rechter straks wel openstaan. In de nieuwe procedure is de mogelijkheid van een abstracte uitspraak over de schadeplichtigheid jegens de 'nauw omschreven groep' en de haalbaarheid van een categorisering bepalend. Veel komt dus neer op de vraag hoe die groep wordt afgebakend en hoeveel acties er nodig zijn om de verschillende groepen te kunnen bedienen. Goed denkbaar is dat er behoefte zal zijn aan verschillende acties naast elkaar om een actie behapbaar te laten zijn.¹²⁵ Gelet op de ontvankelijkheidseisen dient de differentiatie eerder vooraf (in de procesinleiding) dan achteraf (bij de *scheduling*) plaats te vinden (art. 1018c lid 1 Rv). Zij is dus vooral in handen van de belangenorganisaties. Aannemelijk, en ook wenselijk, is dat de rechter in een collectieve zaak, ondanks de in paragraaf 2.1 aangehaalde passage uit de MvT waarin hij wordt geacht dit niet te doen,¹²⁶ in de ontvankelijkheidsfase blijft 'vooruitblikken'

op de toepassing van het materiële recht. Uiteindelijk valt of staat de nieuwe procedure met de manier waarop de rechter zal omgaan met de ontvankelijkheidseis dat het moet gaan om 'gelijksoortige rechtsvragen en feitelijke vragen' (art. 1018c lid 5 sub b Rv). Wordt die eis te ruim benaderd, zoals door de wetgever geopperd, dan kan de procedure later spaak lopen; wordt zij, in lijn met de bestaande praktijk, te strikt opgevat, dan kunnen claims onnodig vroeg stranden of sterk versnipperd raken. In beide gevallen is de effectiviteit van de WAMCA in het geding. Het is aan de rechter om de gulden middenweg te vinden. Als de drempel van de ontvankelijkheid is genomen, dan ontstaat er bij de inhoudelijke behandeling het tweede mogelijke knelpunt, dat van de vaststelling van het causale verband.

6.2. Causaliteit

De veralgemenisering van de eerste causaliteitszeef (c-s-q-n-verband) belooft, gelet op de bestaande praktijk, weinig problemen op te leveren, maar schijn bedriegt. De abstrahering bestaat doorgaans uit een 'vermoeden', dat wordt 'gerechtvaardigd' door het feit dat de individuele omstandigheden uiteindelijk bepalend zijn en de aansprakelijkgestelde persoon de mogelijkheid heeft om in een individuele situatie het vermoeden te weerleggen. De nieuwe procedure biedt hier evenwel weinig ruimte voor: het weerleggen moet *in abstracto* op het niveau van een categorie plaatsvinden.¹²⁷ Het vermoeden kan in de WAMCA immers niet meer worden weerlegd in de eventuele individuele procedures die daarop volgen.¹²⁸ Mogelijk werpt de WAMCA aldus een drempel op voor het aannemen van een c-s-q-n-verband. Omdat het voor gedaagde veelal niet mogelijk zal zijn om *in abstracto* het vermoeden te weerleggen is de c-s-q-n-hobbel voor eisers dan (te?) eenvoudig genomen.¹²⁹ Er is nu al kritiek op het feit dat het uitspreken van een vermoeden over het causale verband in een collectieve zaak 'omwille van dit collectieve karakter' het scala aan (jurisprudentiële) vermoedens potentieel ongebreideld kan laten toenemen. Er is dus meer nodig om een eventueel vermoeden te rechtvaardigen, zoals bijvoorbeeld de toepassing van een uit Europa afkomstige aansprakelijkheidsnorm in conformiteit met het Europeesrechtelijk effectiviteitsbeginsel.¹³⁰

Het veralgemeniseren van de tweede causaliteitszeef (art. 6:98 BW) oogt in dat opzicht minder problematisch, als de *condicio sine qua non* eenmaal is vastgesteld. Causaliteit in de begrotingsfase laat zich op eenzelfde wijze veralgemeniseren als de eigen schuld of voordeelstoerekening door bepaalde gezichtspunten voorop te stellen, daar een bepaalde invulling aan te geven en een onderlinge weging te bepalen.

123. ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6504, r.o. 3.6; ECLI:NL:HR:2006:AW2077 (*Vie d'Or*).

124. ECLI:NL:RBDHA:2016:13313, NJF 2017/30.

125. ECLI:NL:RBOBR:2016:3383, m.nt. T.M.C. Arons, *Ondernemingsrecht* 2016/121.

126. *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 47.

127. Rijsterborgh 2017.

128. ECLI:NL:RBAMS:2015:7495, r.o. 4.5. Het weerleggen kan eventueel in een eventuele begrotingsformule worden opgenomen (waarin toepassing kan worden gegeven aan art. 6:98 en 101 BW).

129. Het aannemen van een c-s-q-n-verband in een collectieve zaak komt in de oude regeling (ook al wordt zij niet gebaseerd op een vermoeden) neer op een tegemoetkoming in de bewijslast van het causale verband tussen schade en schadeveroorzakende gebeurtenis in latere individuele zaken.

130. Vgl. A.C.W. Pijs & W.H. van Boom, 'Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid', *WPNR* 2010, afl. 6834, p. 194-200.

6.3. Omgang met andere schade dan zuivere vermogensschade

In veel massaschadezaken is sprake van zuivere vermogensschade (hoewel ontworpen om uitkomst te bieden in de *DES*-zaak, is de WCAM ‘weggekaapt’ door financiële massaclaims). Daar doen zich qua abstrahering van de individuele omstandigheden mogelijk minder moeilijkheden voor dan bij zaakschade en letselschade. Die laatste twee schadesoorten zijn naar hun aard zeer gevarieerd (verschillende typen zaken met verschillende typen beschadigingen die alle afzonderlijk moeten worden beoordeeld resp. verschillende typen letsel, materieel en immaterieel, en een belangrijke rol voor de pre-existentie/dispositie en toekomstschade). Zij maken het opstellen van een regeling buitengewoon complex (bij personenschade nog meer dan in geval van zaakschade). Een aanpassing van het Burgerlijk Wetboek verandert hier niets aan: de complexiteit ligt besloten in de feiten.

Een in de literatuur geuite zorg is dat bij deze typen schade, de in een categorie ingedeelde gedupeerde door de mate van abstrahering het risico loopt dat, in afwijking van het wettelijke uitgangspunt van de concrete vergoeding van vermogensschade, niet al zijn schade wordt vergoed.¹³¹ Smeehuijzen en Verheij willen deze afwijking niet enkel rechtvaardigen door de massaliteit van de schade. Zich baserend op Lindenbergh, onderscheiden zij twee grondslagen voor een abstracte schadebegroting: de billijkheid en de meer praktische redenen.¹³² De (praktische) efficiëntiegedachte achter de in het *Reaal/Athlon*-arrest voorgestane abstracte begroting van schade aan auto's zou volgens hen niet zomaar mogen opgaan bij massaschade omdat er – kort samengevat – strijd zou ontstaan met fundamentele rechten als het eigendomsrecht.¹³³ Deze strijdigheid neemt toe naarmate het belang toeneemt (zoals bij schade aan een woonhuis). Zij wijzen erop dat de massaliteit van de procedure niets verandert aan het feit dat het om individuele schade gaat. Bij wijze van conclusie geven zij terecht aan dat veelal, zelfs bij een categorisering, niet aan de bestaande schadebegrotingswijzen voorbij hoeft te worden gegaan en bij de concrete omstandigheden kan worden aangesloten. Zo bieden formules en percentages uitkomst (hiervoor paragraaf 5). Om de begroting binnen de categorie zo veel mogelijk op een individuele begroting te laten gelijken moeten de verschillende categorieën heel precies en gedetailleerd

worden bepaald wat betreft de op te voeren posten en bijbehorende berekeningswijze.

Een zekere mate van abstractie bij de afwikkeling van massaschade maakt die afwikkeling evenwel hanteerbaar en is ook zonder meer te billijken. Vooropgesteld zij, dat de gedupeerde voor een *opt-out* kan kiezen na de aanwijzing van de exclusieve belangenvertegenwoordiger. Hij kan dus afzien van een collectieve afwikkeling van zijn schade. Dat behoefte is aan een snelle en uniforme afwikkeling, geldt bij alle massa-zaakschadeclaims, ongeacht om welk bedrag het gaat. Mits gebruik wordt gemaakt van objectieve criteria (denk aan de WOZ-waarde en geobjectiverde herstelkosten), is van strijd met het eigendomsrecht geen sprake. Ook in massa-letselschadezaken (een onderscheid tussen zaakschade en personenschade maken genoemde auteurs niet) is enige abstractie mijns inziens gerechtvaardigd. Soms is deze abstractie bij het bepalen van de omvang van personenschade zonder meer billijk (bijvoorbeeld bij de zorg/inzet door derden).¹³⁴ Omdat immateriële schade niet meetbaar is, kan niet zonder meer worden bepaald of vergoeding hiervan volledig is. Die vergoeding vindt dan ook plaats naar billijkheid, een begrotingswijze die goed verenigbaar is met een massa-afwikkeling.¹³⁵ De wet affectieschade gaat bijvoorbeeld uit van vaste bedragen en de Smartengeldgids geeft duidelijke richtlijnen. De bestaande begrotingspraktijk bij verplaatste en immateriële schade biedt nuttige aangrijpingspunten bij een eventuele categorisering.

De ‘kloof’ tussen individuele en collectieve afwikkeling is minder groot dan het lijkt en kan zelfs verder worden gedicht. Een zekere mate van objectivering is ook bij de individuele begroting van personenschade onvermijdelijk. Zo wordt bij de begroting van toekomstschade (verlies aan arbeidsvermogen), doorgaans in de vorm van een ‘som ineens’ (art. 6:105 BW), veelvuldig gebruikgemaakt van statistieken. Dit gebruik leidt echter tot onbevredigende uitkomsten en bepleit wordt een verdere abstrahering.¹³⁶ Het klassieke model waarin de (individuele) situatie ‘met schadevooral’ wordt vergeleken met de situatie zonder, staat zelfs ter discussie. Voorgesteld wordt om de gedupeerde een bepaald bedrag of, zoals Hartlief het omschrijft, een ‘zak met geld’¹³⁷ te geven opdat hij aan het herstel van zijn autonomie kan werken.¹³⁸ Minder vergaand zijn voorstellen voor het hanteren van een ‘benadeelde-maatmens’ bij gebrek aan voldoende betrouw-

131. Smeehuijzen & Verheij 2018, p. 1796-1797.

132. S.D. Lindenbergh, *Abstracte schadeberekening* (preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht 2012), Deventer: Kluwer 2013, p. 29.

133. HR 26 oktober 2012, r.o. 3.6.2, *NJ* 2013/219, m.nt. Mendel (*Reaal/Athlon*); HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208 (*Verzoeker/New India*).

134. Dit blijkt uit de arresten *Johanna Kruidhof*, *Rijnstate/Rouwers* en *Bakkum/Achmea*. Hartlief acht deze abstractie zinvol in de zin dat hiermee verweren van de aansprakelijke partij worden geneutraliseerd maar vooral dat deze niet profiteert van de inzet door anderen: T. Hartlief, ‘Begroting van personenschade: de (on)begrensde mogelijkheden van artikel 6:97 BW’, in: F.T. Oldenhuis & H. Vorrseman (red.), *Schadebegroting in letselschadezaken*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 23.

135. Smeehuijzen & Verheij 2018, p. 1798 verwijzen naar het werk van de Commissie-Lindenbergh. Zie ook ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.1 en 2.13.6 waarin ‘het hoogst persoonlijke karakter van immateriële schadevergoeding’ wordt benadrukt maar een forfaitair (minimum)bedrag aanvaardbaar wordt geacht gelet op de aard en de ernst van de normschending.

136. M.Th. Beumers & W.H. van Boom, *De maatmens-benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht* (Preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht 2015), Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 19-20 wijzen op de gevaren van ongelijkheid en zelfs discriminatie.

137. Hartlief 2017, p. 12.

138. T. Hartlief, ‘Waar ligt de toekomst van het personenschaderecht?’, *NJB* 2015/2003, afl. 40 met verwijzing naar A.J. Akkermans e.a., *Je geld of je leven terug. Vergoeding in natura* (LSA), Den Haag: BJu 2015.

bare statistische gegevens en omwille van een voortvarende en efficiënte afwikkeling van gerechtelijke procedures.¹³⁹ Een dergelijke benadering komt goed van pas bij de afwikkeling van massaschade. De massaliteit of beter gezegd, de behoefte aan een hanteerbare aanpak van massaschade, vormt mijns inziens een aanvullend argument ten behoeve van een, om andere redenen reeds bepleite,¹⁴⁰ meer abstracte begroting van personenschade. Zij vormt aldus niet de enige rechtvaardiging voor meer abstractie maar versterkt het pleidooi voor meer gelijkheid, consistentie en snelheid bij de afwikkeling. Van belang is wel dat de indeling in schadecategorieën fijnmazig genoeg is, althans dat zij voldoende ruimte laat voor differentiatie tussen ‘maatmensen’ en dat maatmensen zo veel mogelijk aansluiten bij de werkelijkheid.¹⁴¹ Hiermee stuiten we op het vierde knelpunt.

6.4. Een gebrek aan sturing bij de rechterlijke damage scheduling

Uitgangspunt van de WAMCA is dat de vordering een ‘nauw omschreven groep’ aangaat. Categorisering is bij een strikte lezing van dit criterium welbeschouwd mischien niet eens nodig. Een enge lezing van de ontvankelijkheidseisen perkt de doelmatigheid van de procedure echter behoorlijk in doordat er veel gedupeerden ‘buiten de boot’ vallen die nieuwe, individuele of collectieve, procedures zullen instellen. Als aangegeven (paragraaf 2.1 en 6.1), bepaalt de mate waarin, en vooral wijze waarop in die fase wordt vooruitgeblikt op de toetsing aan het materiële recht hoe ‘nauw’ de groep wordt omschreven.

Bij personen- en zaakschade ligt een zekere mate van differentiatie voor de hand maar ook bij zuivere vermogensschade is de behoefte aan verschillende categorieën niet ondenkbaar.¹⁴² Waar het aankomt op deze in de WCAM gebezigde techniek moet de rechter het in de nieuwe collectieve schadevergoedingsactie doen met ‘globale aanwijzingen’, voorstellen van partijen en hulp van deskundigen.¹⁴³ Ik stel mij voor dat rechters zich zullen kunnen inlezen in de tot nu toe getroffen schikkingen en bijbehorende *schedules*. Zij kunnen echter niet dezelfde werkwijze volgen als de partijen bij deze schikkingen. De rechter is gebonden aan het materiële en formele recht.

De parlementaire stukken bevatten evenwel geen informatie over de te volgen aanpak bij verschillende soorten schade en de toegestane mate van, i.e. de mogelijkheid van een vergaande differentiatie. Rechters zullen hierin

zelf hun weg moeten vinden, door bijvoorbeeld gebruik te maken van vragenlijsten.¹⁴⁴ Als blijkt dat de nieuwe procedure vaak (en snel?) uitmondt in een rechterlijke regeling zal er vast behoefte ontstaan aan een nadere sturing door de wetgever. Bij de wetgever leeft echter de verwachting dat ook de nieuwe procedure meestal zal uitlopen op een schikking.¹⁴⁵ Dit zal moeten blijken en hangt af van de vraag of de rechterlijke regeling een ‘*best alternative to a negotiated agreement*’ (BATNA) vormt.¹⁴⁶ Wat de rechter precies kan bieden, is op dit moment onbekend en om dit te achterhalen zullen sommige procedures wellicht op een regeling afstemmen.¹⁴⁷

7. Conclusie

Uit de bestaande praktijk volgt dat het materiële privaatrecht zich goed leent voor de afwikkeling van massaclaims mits de rechter hiervoor openstaat. Het succes van de WAMCA hangt in de eerste plaats af van de bereidheid van de rechter om in de ontvankelijkheidsfase de huidige strenge omgang met de eis van gelijksoortige belangen waar het aankomt op een schadevordering los te laten en de geobjectiverde aanpak uit individuele zaken met een massaclaimachtergrond te volgen. Anders bestaat het risico dat procedures onnodig vroeg stranden. Voor het vlotte verloop van de WAMCA-procedure is voorts van belang dat de rechter reeds in de beginfase de haalbaarheid van een collectieve, per definitie meer abstracte schadeafwikkeling inschat. Dit kan alleen als hij de bril van de *Einzelfallgerechtigtheit* afzet en leerstukken als de causaliteit, relativiteit en schade abstract benadert. Gedurende de inhoudelijke behandeling zal hij moeten vasthouden aan deze abstracte benadering. Deze blikverschuiving vergt wel dat de rechter kritisch kijkt naar de rechtvaardiging van ieder generiek oordeel. De massaliteit van de procedure is op zich nooit een voldoende rechtvaardiging. Doorslaggevend zijn het effectiviteits- en gelijkheidsbeginsel (paragraaf 6.2 en 6.3). Bij de forfaitaire toekenning van smartengeld acht de Hoge Raad de aard en ernst van de normschending bepalend.¹⁴⁸ Is de rechter bereid om in het kader van de WAMCA van meet af aan een abstracte toepassing van het schadevergoedingsrecht te omarmen, dan wordt de nieuwe procedure een succes. Zo niet, dan is de wetgever (wederom) aan zet.

139.A.Ch.H. Franken, ‘Wie is de “maatmens benadeelde”?’ *AV&S* 2014/1; Beumers & Van Boom 2016, p. 23.

140.T. Hartlief, ‘Recht doen met abstracte schadebegroting’, *NJB* 2012/43, p. 3007.

141.Beumers & Van Boom 2016, p. 28.

142.Rijsterborgh 2017, p. 325 en 330.

143.Rijsterborgh 2017, p. 329.

144.Smehuijzen & Verheij 2018, p. 1798.

145.Art. 1018g Rv en *Kamerstukken II* 2016/17, 34608, 3, p. 7. Mede om die reden wordt de mogelijkheid van een rechterlijke regeling in een adem genoemd met die van een schikking: M.F.J.N. van Osch, ‘De rol van de rechter in het wetsvoorstel massaschade in collectieve actie’, *TvPP* 2018, afl. 4, p. 114.

146.Van Boom 2019.

147.De proceskostenveroordeling kan in dit opzicht nog wel roet in het eten gooien. De rechter mag, als hij tot collectieve schadeafwikkeling overgaat, de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in ‘in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet’ (art. 1018l lid 2 Rv).

148.ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.6.